

## Trust illecito se viola il principio del donner et retenir ne vaut

Con il recentissimo provvedimento dell'8 ottobre 2014 il Tribunale di Reggio Emilia, chiamato a pronunciarsi sulla fattibilità giuridica di una domanda di concordato preventivo avanzata da una società, ha sancito alcuni interessanti principi in materia di trust.

Nel caso in esame i disponenti di un trust, nella prospettiva del concordato preventivo, avevano modificato il relativo atto istitutivo prevedendo che il 100% del ricavato dall'alienazione dei beni conferiti venisse destinato al finanziamento della società ricorrente, eliminando la figura della seconda beneficiaria.

Nel caso de quo l'atto istitutivo del trust, disciplinato dalla Legge di Jersey, non aveva riservato ai disponenti alcuno dei poteri elencati dall'articolo 9A della summenzionata legge regolatrice, che al punto 2a) prevede la possibilità di "revocare, variare o modificare le disposizioni di un trust o una qualsiasi obbligazione o parte che in tutto o in parte derivino da esso"; inoltre tale norma non veniva nemmeno menzionata nell'atto istitutivo del trust. La successiva scrittura autenticata con la quale veniva apportata la modifica al trust si fondava invece sull'articolo 37 della summenzionata Legge, norma richiamata anche nell'atto introduttivo.

Tale disposizione, pur non fornendo direttive sull'ampiezza dei poteri di modifica, configura il potere di incidere sull'atto istitutivo del trust come un potere fiduciario: i cambiamenti apportati dal trustee devono corrispondere di norma all'interesse dei beneficiari ed essere conformi al principio di buona fede; nel caso concreto invece i disponenti avevano agito come se fossero stati dotati di un potere personale, utilizzabile ad nutum, arbitrariamente ed a proprio vantaggio; infatti costoro, integrando l'atto istitutivo, avevano eliminato integralmente un beneficiario, modificando le finalità del trust, ossia un elemento essenziale di tale istituto.

Il Tribunale, con il provvedimento in esame, ha rilevato che il potere di "variation" degli atti di trust non è - nella legge regolatrice - rimesso all'assoluta libertà del disponente e che, nel caso de quo, al contrario la "variation clause" contenuta nell'atto istitutivo del trust era generica poiché:

- non individuava la finalità del potere che era stato attribuito ai disponenti né delimitava tale potere;
- non circoscriveva le parti dell'atto istitutivo soggette a possibili variazioni, né chiariva se la stessa clausola potesse concernere parti essenziali;
- non prevedeva autorizzazioni o consensi.

Infatti nella prassi i poteri di modificazione sono disciplinati entro limiti delineati e precisi volti a proteggere sempre i beneficiari del trust.

I giudici inoltre hanno affermato che, pur prescindendo dalla validità nel merito - da esaminare in base alla legge regolatrice - delle variazioni apportate dai disponenti al trust, per ammettere la legittimità di tali modifiche si sarebbero dovute accogliere le tesi secondo cui ai settlor è riconosciuto dall'atto istitutivo il diritto di revocare, variare o modificare tutte le disposizioni del trust od una qualsiasi obbligazione o potere che in tutto od in parte derivano da esso: "in pratica - senza nemmeno richiamare nell'atto l'art. 9A della Legge Jersey e in forza del solo art. 37 - i settlors si sarebbero riservati tutti i poteri di modifica (e, conseguentemente, di intervento diretto sulla gestione), in contrasto con il modello tradizionale del trust che, tra le fondamenta della propria disciplina, annovera un rigido divieto di ingerenza del disponente (che nel diritto inglese, "esce di scena")".

Tale approccio comporta l'irriconeoscibilità e quindi l'inesistenza del trust di specie nell'ordinamento italiano così come statuito dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 10105/14 ("un trust irriconeoscibile è del tutto privo di effetti: è tamquam non esset").

In conclusione il Collegio, riprendendo un principio già affermato in data 9 gennaio 2014 dal Tribunale di Bologna in un caso analogo, ha statuito che l'attribuzione ai disponenti di un larghissimo potere di ingerenza - ed è tale il riconoscimento ai medesimi della facoltà di modificare ad libitum l'atto istitutivo del trust sino al punto di cambiare anche la finalità o di escludere dei beneficiari - porta lo strumento fuori del perimetro della Convenzione dell'Aja, la quale prevede che, affinché un trust possa essere riconosciuto, i beni devono essere "posti sotto il controllo del trustee" (art. 2 Convenzione) o lo fa sospettare di simulazione (sham), con conseguente sua irriconeoscibilità".

Tuttavia, l'atto istitutivo è privo di effetti poiché un trust riconoscibile nell'ordinamento italiano non può soggiacere integralmente al volere dei disponenti, pena la violazione del principio donner et retenir ne vaut, tutelato dalla Legge Jersey.

In altre parole, il conferimento di determinati beni non può consentire al conferente di disporre in futuro a proprio piacimento.

Luigi Ferrajoli

Euroconference News

giovedì 13 novembre 2014